



Prisión preventiva. La gran deuda del proceso penal, Cartapacio de Derecho, Vol. 35 (2019), Facultad de Derecho, Unicen

PRISIÓN PREVENTIVA. LA GRAN DEUDA DEL PROCESO PENAL

JULIO CÉSAR VÉLEZ¹
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CENTRO

1. Agradecimientos

No puedo comenzar mi disertación, sin previamente expresar mi eterna gratitud para con el homenajead. El profesor Adolfo Alvarado Velloso no sólo me hizo descubrir y comprender en qué consiste “el proceso” como sistema de enjuiciamiento y de allí en más todo que atañe al mismo, me involucró en la docencia, en la academia y en los congresos, sino que además me ha distinguido con su amistad y su afecto, y la amistad de sus amigos que ahora son mis amigos.

Aprendí, entre otras cosas que el proceso no puede ser otra cosa que una adecuada reglamentación de las garantías constitucionales, y de allí la recordada conferencia final de Héctor Superti en el “Primer Congreso

¹ El autor es Profesor Adjunto de “Derecho Procesal II”, Facultad de Derecho, UNICEN.

Nacional de Derecho Procesal Garantista” que hiciéramos en Azul en el año 1999.

También aquel congreso significó el grato y definitivo reencuentro con mi profesor de cuando era estudiante en la Facultad de La Plata, Héctor Granillo Fernández, y a partir de allí la amistad y el compartir asuntos en el ejercicio profesional, todo un privilegio para mí.

Por todo ello y por mucho más, mi infinita gratitud a mi maestro y amigo Adolfo Alvarado Velloso.

2. Introducción

Cuando surgió la posibilidad de hablar en estas jornadas, y el título de las mismas, me dije tengo que hablar una vez más sobre prisión preventiva, aunque ya abordé el tema en los últimos dos Congresos Panamericanos y algunos de los hoy presentes estaban allí y ya me escucharon. De todos modos hoy le sumaré otras perspectivas.

Lo cierto es que la problemática irresuelta de la prisión preventiva es el tema que me desvela y para mí sigue siendo el gran dilema pendiente del proceso penal, el más conflictivo, el que menos ha evolucionado, en definitiva, la gran deuda del Derecho Procesal.

3. Prisión Preventiva. La gran deuda del proceso penal

El proceso penal ha evolucionado en gran parte de sus institutos, cuestión imposible de abordar en esta disertación, pero podemos señalar entre otros importantes progresos, su acompañamiento al principio de “última ratio” del Derecho Penal, con la recepción de criterios de oportunidad y de

soluciones alternativas al proceso, para evitar el juicio y la eventual condena.

Fundamentalmente, se puede advertir a lo largo de la historia y sobre todo de las reformas procesales más recientes en nuestro país y en el continente, el gran avance en relación a la recepción de sistemas de enjuiciamientos que hacen realidad el sistema acusatorio y adversarial que emana de nuestras constituciones nacionales y de los tratados internacionales.

La implementación del juicio por jurados en una buena parte de las provincias argentinas y en el continente son una muestra evidente de evolución y constitucionalización del sistema de enjuiciamiento penal.

Sin embargo, lo relativo a la prisión provisional no sólo no ha evolucionado sino todo lo contrario, ha permanecido y se ha incrementado hasta niveles inimaginables el encarcelamiento preventivo.

Los datos estadísticos son contundentes, cada vez hay un mayor número de personas encarceladas durante la tramitación del proceso, es decir antes del juicio. Esta situación es indudablemente el mayor resabio, omnipresente del sistema inquisitorial.

Todos los institutos procesales se han constitucionalizado, la prisión preventiva permanece. Y es la gran deuda con la Constitución que consagra como bastiones fundamentales, el estado de inocencia y la garantía del juicio previo: “nulla poena sine iudicio”. Hoy nadie puede discutir seriamente que la prisión preventiva es pena sin sentencia, pena sin juicio previo.

Lamentablemente el tema es utilizado en forma demagógica por los políticos y los medios de comunicación. Asistimos a la mediatización de la justicia penal. Tan es así que hoy todo el mundo sabe qué es la peligrosidad procesal: peligro de entorpecimiento de la investigación - peligro de fuga. Y políticamente lo único redituable son los discursos de mano dura, de endurecimiento de las penas y la aplicación de la prisión preventiva como

regla. “Mano dura”, ‘tolerancia cero’, son slogans demagógicos para obtener votos. La utilización política y la presión de los medios de comunicación - entre otras cuestiones- nos han llevado a que hoy asistamos a un fenómeno de “securitización” de “populismo punitivo” (Sozzo, 2017).

Estamos asistiendo a lo que sociólogo y antropólogo francés Didier Fassin (2018) denomina “momento punitivo”. Y todo ello fundado en una falacia, ya que el encarcelamiento preventivo no es la solución al problema de la seguridad y del delito. La prisión provisional es el punto de encuentro más conflictivo entre el Derecho Procesal, el Derecho Penal y la Criminología.

El Derecho Procesal debe ser la reglamentación de las garantías constitucionales para que se cumpla con “el juicio previo” consagrado en nuestra carta magna. El proceso debe ser límite y garantía ante la pretensión punitiva del Estado.

La prisión preventiva es en esencia una medida cautelar, y no puede ser utilizada sino en forma excepcional, ante la evidencia de peligros procesales y cuando no exista otra forma de avertar los mismos.

El Derecho Penal constituye la tipificación y sanción de conductas ilícitas, operando como límite, en base al principio de reserva, todo lo que no está prohibido está permitido.

Los diversos intentos de justificar la pena de prisión han fracasado. La inconsistencia y el fracaso de todas las denominadas teorías “re”, prevención especial, general, todas han fracasado, y sólo se lo puede justificar a título de retribución por la violación de la ley y la afectación del bien jurídico tutelado por la norma.

La Criminología estudia las causas del delito, con el objeto, entre otros, de diseñar políticas de prevención. Hoy está demostrado que mayores penas no previenen el delito y que la pena es retribución.

Claramente la prisión preventiva es una medida cautelar y consecuentemente no puede implicar una retribución anticipada, ni utilizarse como instrumento de control social.

La Criminología se ha ocupado del denominado “populismo punitivo”, esto es la inflación punitiva en toda la región (Sozzo, 2017), entre otros.

El “populismo punitivo”, ha terminado arrojando un exponencial incremento de la reacción punitiva, dejando de lado principios penales y procesales penales, donde el fenómeno más grave es el encarcelamiento preventivo, lo que podríamos denominar una pre-punición, situación en que las garantías constitucionales y convencionales que supimos conseguir se transforman en letra muerta, mero papel pintado, la garantía del juicio previo de la Constitución (art. 18 CN) y de los tratados internacionales (art. 8 CADH, 14 PIDCP), y fundamentalmente el “estado de inocencia” de que debe gozar todo ciudadano previo a una condena, son literalmente ignorados.

El principio de la libertad durante el proceso se ha transformado en la excepción, y este fenómeno de pre-punición es una de las razones por las que luego hay más condenas. Los operadores judiciales tienden consciente o inconscientemente a justificar el encarcelamiento preventivo con sentencias condenatorias.

Las probabilidades de que alguien que llega al juicio en libertad sea absuelto con las del que llega privado de la libertad, son diametralmente opuestas.

Cuando Didier Fassin, nos habla y define la situación actual tan gráficamente como “momento punitivo”, señala que:

*(...) se sancionan más y más severamente las infracciones a la ley.
Esta tendencia no es directamente correlativa, como todos los*

estudios lo muestran, a la evolución de la criminalidad y la delincuencia. El giro represivo.... se traduce particularmente por penas de prisión más duras y más largas pero igualmente en prisiones con detención preventiva a la espera de un juicio. Así, en Latinoamérica, la población carcelaria se ha más que duplicado en los años 2000. En cuarenta años, aumentó el 185 % en argentina, el 200 % en Chile, el 400 % en México y el 1900 % en Brasil (...) (Fassin, 2018: 9).

Evidencia una situación de incremento del encarcelamiento alarmante, pero sobre todo la gravedad es más escandalosa todavía cuando no tiene correlación con el aumento de la criminalidad.

En una entrevista que se le realizara al gran criminólogo David Garland (2018), cuando nos visitara el año pasado, al consultársele sobre ¿qué consecuencias tiene este "populismo" penal?, respondió: *Es diferente en cada lugar. Por ejemplo, en los Estados Unidos se produjo que sean encarcelados un número masivo de hombres pobres, provenientes de las minorías. Cuando Michel Foucault escribió Vigilar y Castigar en 1975, decía que el castigo se había convertido en una tarea embarazosa para el sistema judicial, algo vergonzante. Los jueces tuvieron que recurrir a argumentos "científicos" y criminológicos para justificar que lo que hacían no era castigar, si no que estaban reformando y "ayudando" al individuo. Hoy en día ni siquiera se necesita esa coartada. El castigo severo pasó a ser la opinión dominante y una de las facultades que el estado debe enarbolar². Tremendo.*

Siguiendo esa línea de pensamiento, hoy en día pareciera que los jueces

² La entrevista se encuentra disponible en <https://www.infobae.com/sociedad/2018/07/29/david-garland-millones-de-personas-son-encarceladas-de-manera-innecesaria-e-improductiva/>.

Extraído el 2/10/2019.

en lugar de justificar la prisión preventiva, están pensando en cómo justificar la libertad que les manda la ley y la Constitución.

Se utilizan formulas abstractas (de las que nos habló ayer Alvarado Velloso) para justificar la prisión provisional.

Los operadores del sistema, fiscales y jueces, recurren en general a fórmulas abstractas para denegar sistemática y automáticamente la libertad durante el proceso, recurriendo a latiguillos como *“la gravedad de la pena en expectativa que hace suponer que va a eludir la acción de la justicia”*, cuidando más su *“seguridad”* en el cargo, su zona de confort y el temor de ser rotulados de *“garantistas”*, que velando por las garantías constitucionales que debería ser el norte y el fin último de su actuación.

La incidencia de los medios de comunicación en todo lo vinculado con la *“seguridad”* es absolutamente determinante y nociva.

Y lo cierto es que debe ser el Fiscal quien explique y fundamente por qué en el caso concreto no resulta apropiado, ni suficiente la aplicación de otras medidas cautelares no privativas de la libertad.

La realidad es que en la actualidad la prisión preventiva se utiliza en forma generalizada y no ya como medida cautelar sino como un instrumento de control social. Las reformas procesales no pueden ser hechas siguiendo la demagogia punitiva.

Además de lo que manda la Constitución existen instrumentos internacionales e informes como los de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-CIDH- (2013) que no sólo reflejan la realidad sobre el uso de la prisión preventiva, sino que se han elaborado documentos tendientes a reducir la prisión preventiva (CIDH, 2017). Estos instrumentos señalan claramente, entre otras cuestiones, que es obligación de los Estados modernos regular medios de aseguramiento alternativos y compatibles con el estado de

inocencia.

4. Finales

4.1.- Todos compartimos que el proceso no puede ser otra cosa que la reglamentación de las garantías constitucionales.

A pesar de las idas y vueltas, de los “corsi e recorsi”, de las reformas y contrarreformas, de las reformas no implementadas³, se ha avanzado en miras de un proceso penal acusatorio y adversarial. En lo que no se ha evolucionado, por el contrario -como he señalado-, se verifica un claro retroceso en lo atinente a la prisión provisional. Estamos en deuda con el estado de inocencia. Estamos en deuda con la garantía del juicio previo. Estamos en deuda con nuestra Constitución Nacional.

4.2.- Existen alternativas, existen medidas y herramientas que permitan cambiar esta realidad:

a) Se debe priorizar el uso de otras medidas cautelares distintas a la prisión preventiva (CIDH, 2017).

b) Que la libertad sea la regla, y la prisión preventiva realmente excepcional.

c) Que en los hechos sea el Fiscal quien explique y fundamente por qué en el caso concreto no resulta apropiado, ni suficiente la aplicación de otras medidas cautelares no privativas de la libertad (CIDH, 2013).

d) Se debe fijar un plazo máximo de duración de la prisión preventiva. Un claro ejemplo es el art. 119 CPP de Neuquén que fijó en un año el plazo de la prisión preventiva, prescripción normativa que trajo aparejado que en la

³ CPP de la Nación Argentina, ley 27.063, B.O. 10-12-2014.

realidad se aceleraron los procesos y se redujera sustancialmente el encarcelamiento preventivo.

e) Hay que erradicar definitivamente la utilización de la prisión preventiva como herramienta de control social o pena anticipada (CIDH, 2013).

Como puede advertirse, existen medidas y herramientas para disminuir los escandalosos índices de encarcelamiento preventivo y cambiar la realidad de las personas sometidas a proceso.

Nuestro mayor deber como juristas es defender la constitución y luchar por la libertad.

Referencias bibliográficas

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013): “Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas”, en <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>.

Extraído el 2/10/2019.

(2017): “Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas”, en <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf>. Extraído el 2/10/2019.

FASSIN, Didier (2018): “Castigar”, Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora;

SOZZO, Máximo (2017): “La inflación punitiva. Un análisis comparativo de las mutaciones del derecho penal en América Latina (1990 2014)”, Nova criminis: visiones criminológicas de la justicia penal, N° 14, México: Flacso.